



RESPVESTA

QVE AL MANIFIESTO JVRIDICO,

FORMADO A NOMBRE DE LOS HIJOS, Y HEREDEROS de el Licenciado D. Juan Perez de Ribera, Avogado, y Relator, que fue, de esta Real Audiencia,

Y DE DOñA ANA SERRANO SV MVGER;

Y TAMBIEN A EL DE D. BLAS BLASQVEZ DAVILA;

SE OFRECE

POR

DOÑA THERESA DE HERMOSILLA.

MVGER LEGITIMA DE D. MIGVEL DE VILLEGAS TELLO, ausente, Posseedor del Mayorazgo, à que pertenece la Vara de Padre, y Curador General de Menores,

SOBRE

QVE SE RESPONDA DERECHAMENTE A VNA DEMANDA:

1. 
ON TAN FAVORABLES LAS causas de los Mayorazgos, q quando en otras de distinta linea, estèn obligados los Litigantes, à no seguirlas, sino à desistirse de ellas, quando con alguna probabilidad, les parezca, no llevan muy segura su justicia; debe decirse lo còntrario, en los Possëedores de Mayorazgos, *qui non possunt bonam fidem agnoscere, sed debent spectare sentẽtias, aut intentare revisiones*; como con las opiniones de Mieres *de maiorat.4 p quæst.* 14.*num.*92. y la de Lara *de vit hom cap.*20.*num.*56 lo fundò Manuel Alvarez Pegas *resolut. forens. c.*4. *num.* 88. ad medium.

2. Siguiendo estas doctrinas Doña Theresa de Hermosilla, habilitada por la ausencia de su Marido, Possëedor actual del Mayorazgo, que fundò D. Fernando de Villegas, à el que pertenece la Vara de Padre, y Curador General de Menores, por el derecho de D. Juan Tello y Villegas su hijo, immediato Successor, no excusò poner la demanda, sobre que se declarasse dicha Vara por libre del Censo, que pretẽden los herederos de D. Juan Perez de Rivera, y Doña Ana Serrano.

3. Y aunque à nombre de estos (por quienes se ha formado articulo de no tener obligacion à responder, por decir obstar la Executoria de V.S.) se ha escrito un dilatado Manifiesto, con una no corta expresion, de los fundamentos de su justicia: por Doña Theresa se debe dàr la satisfacion, que corresponde, à las muchas doctrinas, que por los herederos se han cumulado; siendo ociosa la expresion de el Hecho por haverse formado por el Relator Memorial ajustado, de el que en su lugar, y tambien del pleyto (que siempre serà muy preciso) se tomarà el que fuere conducente, para la mejor comprehension. Siguiendo el mismo methodo, para la respuesta, que llevaron, y propusieron los herederos. Lo que se procurarà executar con la claridad, y brevedad possible.

PVNTO PRIMERO.

SOBRE QUE SIN EMBARGO DE LA SEGUNDA Executoria deben responder los herederos à la demanda puesta sobre la insubsistencia de el Tributo sobre la Vara, y Oficio de Padre de Menores.

4. ENtran los herederos en este primero puncto desde el num. 15. tan sobradamente arrogantes, có la Executoria de V.S. que con la mayor satisfacion, proponen todas las leyes del Reyno, que hablan en el assunto de sentencias de vista, y revista, que por notorias se excusa su repeticion. Y à la verdad, se discurria, que la conclusion fuesse, como las mismas palabras de las leyes, que se transcriben, manifiestan. Pero se conoce que no es assi.

5. La razon de este reparo, que à qualquiera harà fuerza, y especie; consiste, en que si segun la *ley 3. tit. 19. lib. 4. no se puede suplicar, decir, ni alegar cosa alguna, y si lo dixere, ò alegare, no sea oido sobre ello.* Y segun la *ley 3. tit. 17.* eiusdem lib., se ha de executar: *no obstante qualquiera oposicion, ò excepcion de qualquier natura que sea.* Y por la ley 4. eodem tit. està quitado el remedio de la restitucion, nulidad, aunque conste del processo, y autos, y la de defecto de jurisdiccion por incompetencia. Era consiguiente concluir, en que por no poderse oir, no era admisible absolutamente qualquiera caso por arduo, y precisso que fuesse, haviendo muy sobrado con oponer dichas leyes, la authoridad de la cosa juzgada, el beneficio de la causa publica, y demàs recomendaciones de las Executorias.

6. Pero se vè que no es assi pues se entra desde el num. 19. moviendo la question; de si se podià decir contra la cosa juzgada, con el motivo de falsos instrumentos, ò testigos: Y en executar esto, es dar à entender, no ser tan firmes las resoluciones de las leyes del Reyno, ò que al menos, su disposicion, no es tan absolutamente negativa, que excluya sean admisibles, y oybles algunos casos.

7. Comprueban lo con Escobar *de purit.* (al que quasi transcriben) *p. 2. quæst. 4. tit. 1. 2. & 4. §. 1. & 2.* con el de Fontanela en las decisiones desde la 174. hasta la 177. en que se determinò

nò contra una Executoria, por la que haviendo sido condenado uno, à pagar cierta cantidad, se abriò el juycio, por haver parecido las cartas de pago. Y ultimamente, con las questiones, que se relacionan, moviò el Sr. Salgado *de suplicat. p. 1. cap. 12.* & ad Labyrintum *p. 3. cap. 1.* cuya larga narracion, comprueba mas, la intencion de Doña Theresa, y excluye lo absoluto, y voluntario de las voces de los herederos.

8. A estas doctrinas, le añade Doña Theresa, otra muy singular de Torreblanca *de jur. spirit. lib. 15. cap. 12.* per totum, en que sin embargo de la estrecha disposicion de la referida ley 4. y de la prohibicion de nulidad, y restitucion; lleva, poderse abrir la Executoria, poniendo doce casos, en que se puede verificar su opinion, y el modo de entenderse la denegada restitucion, que expressa dicha ley. Cuyo lugar es digno se tenga muy presente, pues habla tambien à beneficio de los herederos.

9. Pues si esto es assi. Donde està la negacion de audiencia, exclusion de nulidad, aunque sea notoria de los autos, incompetencia, restitucion in integrum, y demàs? Y como unos hombres tan doctos como los que se citan, y otros muchos, que movierò estas questiones, tuvieron atrevimiento de escribir cõtra las Executorias, quando tenian tan presentes las mismas leyes del Reyno, que se citan? Alto fundamento les assistiò, el qual los herederos, cuydadosamente callan, y de donde nace, pero Doñ: Theresa no puede menos, que manifestarlo.

10. Nace, del silencio de los herederos, que teniendo tan presentes las leyes de el Reyno, exponen solamente las que les parece, aprovecharles à su intento, omitiendo las que les perjudican. Teniendose entendido, que sin duda ha sido esto, dexarselas à Doña Theresa, para que aprovechandose de ellas, responda, y convenza el artificio de los herederos.

11. La primera ley, que se callò, fue *la 35. tit. 7. lib. 1. Recop.* que pone estas palabras al §. 5. *Porque conforme à derecho, algunas veces se revuelve contra la cosa juzgada, ò por instrumentos nuevos, ò por aver constado, que los presentados eran falsos, O POR OTRAS CAUSAS ESTATUIDAS POR DERECHO.* Esta ley tuvo origen, de la Pragmatica del Sr. D. Phelipe IV. de 10. de Febrero del año de 1623. muy posterior à la de el Sr. D. Phelipe II. de 9. de Febrero de 1565. de que se formò dicha ley 4.

12. La

12. La ſegunda, que ſe callò al num. 16, no toda, ſino en parte; fue *la 3. tit. 17. lib. 4. Recop.* en la que faltan las palabras ſiguientes: *Y fecha la dicha execucion, quede à ſalvo todo ſu derecho à la parte, ſi lo tuviere, para que deſpues lo alegue, y ponga en la dicha mi Audiencia, quanto, y como deba: Y que los Oydores, echa la dicha execucion, le hagan cumplimiento de juſticia.*

13. Eſtas ſon las leyes, en que ſe fundaron aquellos AA., para mover las queſtiones, y proponer los caſos, en que, por no obſtar las Executorias, ſe puede oir à las partes, ſin que les embaracen las voces de las dichas leyes del Reyno, citadas por los herederos. Y para que conozcan que eſto es aſsi, ſin que les valga ſu diſimulo, y corrijan lo que eſcribieron al *num.* 15. de ſu Manifieſto ſobre que contra lo reſuelto por la Executoria, *no ſe pueda, ni deba tratar ſobre eſtos punctos*, y aſsimiſmo lo nada conducente de las palabras del Cardenal de Luca *de regal. diſcurſ. 160. num. 26*; es muy de la obligacion de Doña Thereſa comprobarlo, y adelantarlo mas.

14. Haceſe cargo de la primera, Torreblanca, *in loco proximè citato*, quien deſpues de referir ſus palabras, proſequitur ſic, num 99: *Ex quibus verbis manifeſtè colligitur Domini Regis noſtri intentionem in aſſertis diſpoſitionibus, non fuiſſe audientiam denegare, contra quaſcumque ſententias reviſionis, vel tranſactas in rem iudicatam, ſi aliàs ex juris communis, aut Regni diſpoſitione, adverſus eas audiri potuiſſet, quia lex nova, ſemper intelligenda eſt, ut minus jus commune lædat, leg. 2. Cod. de nox. leg. Sancimus Cod. de teſtam., leg. præcipimus, Cod. de appellat., auth. Quas actiones. Cod. de Sacroſanct. Ecleſ.* Y proſigue dàdo eſpecioſas reſpueſtas muy del caſo haſta el final de dicho Capitulo.

15. De la ſegunda ſe hizo cargo Carraſco *in tract. 2. an habeat locum reſtit. cont. ſent. reviſ. à num. 41.* & ſignantèr *num. 48. ad finem*, donde concluye in hunc modum: *Inſtrumento autem de novo reperto, in quo continetur ſolutio, vel quietatio, ſeu tranſactio, vel cancellatio debiti, ad cuius ſatisfactionem, quis fuit condemnatus, non impedire executionem ſententiæ, eâque facta, REMEDIUM SUPERESE: y que fecha la execucion le quede ſu derecho.*

16. Lo miſmo ſintiò Pareja *de univ. inſtrum. edit. tit. 2. reſol. 4.* deſde el *num.* 313. donde con el motivo de la *ley* 18. *tit.* 1. *lib.*

lib. 4. *Recop. cap.* 8. que previene, y manda, que en punctos de competencias, y resuelto por la Real Junta: *De aquella remision no aya reclamacion, ni otro nuevo recurso.* Mueve la question, sobre si sin embargo, se podrà venir cõtra aquella Executoria. En que dividiendo tres casos (q̃ los dos no son del assunto) pregunta: Si por pruebas, ò otros instrumentos hallados de nuevo, cõstàre de la qualidad de la jurisdiccion del Juez, que perdiò la competencia, podrà volverse à oir sobre lo mismo. Y despues de averlo disputado dilatadamente, resuelve por la parte afirmativa, fixando esta conclusion al num. 341. prope medium, ibi: *In qua tamen specie, nec secundum rectam jurisprudentiam, nec secundum nostrates leges, via præclusa est actori, sive reo, ad iterum agendum, aut excipiendum, post sententiam transactam in rem judicatam, à qua non possit appellari, vel supplicari.* Poniendo despues à la letra, las palabras de la dicha ley, enteramente, sin quitarle las que los herederos, artificiosamente omitieron. Remitiendose al lugar de Carrasco proximamente alegado, con el que confirma su opinion.

17 Comprobado ya el justissimo fundamento de los AA. para fundar las suyas, sin embargo de las leyes del Reyno traìdas por los herederos, y convencida la animosidad con que se explicaron al num. 18. diciendo: *A nosotros todo nos sobra, con las decisiones de las leyes, en que no cabe mas authoridad.* Havràn de confessar, que Doña Theresa tuvo motivo, para introducir la pretension, sobre que se la oyga, no obstante el articulo presente, formado por los herederos: sobre que se traxeran mas authoridades, à no tenerse, por aora, por conveniente. Pero no es importuno, lo que se deduce de los autos.

18. Luego que los herederos obtuvieron la Executoria de 20. de Diciembre de 736. en que se reformò la providencia de vista, que obtuvo D. Miguel de Villegas Tello, suegro de Doña Theresa, en que se le absolviò de la paga del Censo, como Possedor del Oficio, è introducidose la nueva pretension sobre redditos, en que se declarò por V.S., por la providencia de 27 de Agosto de 738, estar comprehendidos en dicha Executoria; se observa por Doña Theresa, que al final de este auto se dice lo siguiete: *y MANDARON QUE LAS PARTES USEN DE SU DERECHO COMO LES CONVENGA.*

19. Con bastante reflexion, se pusieron estas voces, de las que se valiò Doña Theresa; y por lo mismo, no debieron los herederos haver movido el articulo, de no tener obligacion à responder, sino pensar en la reserva, que se concediò, la que debia obrar su debido efecto; y siempre que se usò de ella; en oponerse los herederos, proceden contra derecho; mediante, que dicha reserva, se fundò en las palabras de la dicha *ley* 3. *tit.* 17.*lib.*4.*Recop.*, que callaron, y en las de *la* 35. *tit.* 7. *lib.* 1.*§.* 5., que omitieron.

20. Esto se executò con tanto cuydado, que volviendo à recopilar al num. 23. todas las leyes, que havian citado, y concluyendo en que *absolutamente prohiben todo recurso contra la cosa juzgada*; passando al num. 24, haciendose cargo de dicha ley 35, solo llegaron hasta el §. 3., transcribiendo las palabras, que comprobaban su intencion; y con haver passado un poco mas adelante, y llegado al §. 5., se huvieran excusado de tanto trabajo, porque encontràran su convencimiento; pero aun por esto, se tiene entendido, no lo executaron.

21. Fuera de que, si en su concepto, absolutamente està prohibido todo recurso contra la cosa juzgada; à què fin, admiten, se debe oìr, quando ay instrumentos hallados de nuevo? No puede ser otro el motivo, que confessar contra lo propio que afirmaron, y tener, assimismo, presente, que antes de dicha ley 35. en el §. 5. estaba dispuesto tambien por Derecho Comun, mediante el texto capital *in leg.* 1. *Cod. si ex fals. instrum.* por estas formales palabras: *Si tabulas testamenti, quas sequtus Proconsul Vir Clarissimus sententiam dixit, falsas dicere vis: præbebit notionem suam, non obstante præscriptione rei judicatæ, quia nondum de falso quæsitum est.*

22. Lo mismo sucede, con el infructuoso trabajo, que tomaron en la explicacion del Sr. Salgado desde el num. 28. hasta el 36; porque quantos mas casos descubren, en que no obstò la cosa juzgada, tanto mas se oponen, à la absoluta prohibicion de Audiencia, que quieren persuadir, para fundamento de su articulo. Pero sin salir del Sr. Salgado, se les havrà de convencer.

23. Señor: El punto presente, y en que estriva la justicia de Doña Theresa, consiste, en que la Executoria de V.S. solo

solo debe obrar su efecto, en lo alegado unicamente, y de que se tomò pleno conocimiento de causa; pero no, en lo que no se alegò; y no como quiera, sino aun quando, lo no alegado, constasse, aliàs, visiblemente del pleyto.

24. Que no obste la cosa juzgada, quando la accion, ò excepcion, no se deduxo, y alegò: es conforme al texto *in leg. ut fundus, ff. comm. divid.* ibi: *Quia ultra id, quod in judicium deductum est, excedere potestas judicis non potest.* Y à mas de lo que fundò el Sr. Salgado *in labyrint.* 3. *p. cap.* 1. *à num* 98. *al* 109. con los que este cita; lo confiessan los herederos al *num.* 37; y lo fundan mas al *num.* 49. con que no ay que detenerse en esto.

25. Y recurriendose à los autos, no se halla que D. Miguel Tello suegro de Doña Theresa, alegasse todo quanto debiò alegar, y resultaba del pleyto; porque solo alegò, que por lo que miraba à los redditos, havia prescripcion, por el transcurso de mas de 56. años; y por lo tocante à lo principal, que por la venta de la Heredad, con el cargo de redimir el Censo, quedò libre la Vara, aunque Doña Ana Serrano no huviesse intervenido en la venta, por haverla aprobado, por el mismo hecho, que saliò pidiendo el principal, haviendose causado una verdadera novacion; no debiendo haver redditos, quando faltaba el principal. Esto fue lo que alegò, segun consta de el Memorial num. 18. & 20. Y lo que no alegò? Esso consta de el pleyto, al que es precisso ocurrir, por lo mucho que importa, y servirà para despues, en su lugar.

26. Lo primero, que no alegò Don Miguel, fue: Que haviendose por la sentencia del Ordinario, mandado depositar el principal, en poder del Depositario General, à fin de que por su mandado se entregasse à quien lo huviesse de haver, saliò incontinenti D. Alvaro, ofreciendo el entrego, pero que havia de ser en vellon: y por Doña Ana Serrano se pidiò el apremio de todo en plata, segun consta à los fol. 94. y 103. cuya sentencia fue en 7. de Diciembre de 1674.

27. Lo segundo: Que haviendo apelado D. Alvaro de no admitirsele el principal en vellon con el premio de 50. por 100. pretendiò la Doña Ana no deber ser admisible la apelacion, y que los autos se debian devolver al Ordinario, para que executasse la sentencia de remate, que tenia consentida D. Alvaro;

varo, pues se allanaba al entrego, instando en que se le hiciesse, y ofreciendo dàr la fianza conforme à la ley de Toledo, seguida la instancia se confirmò llanamente dicha sentencia, por la de la Sala de 4. de Diciembre de 676. fol. 191.

28. Lo tercero: Que incontinenti volviò à salir la Doña Ana, exponiendo, que mediante decirse en la sentencia se entregasse el principal à quien fuesse parte legitima, y que ella lo era, se le entregasse, y mandadose, que dicha providencia de vista se notificasse à las partes, y alegado D. Alvaro suplicando de ella, exponiendo que la clausula de la redencion havia sido à favor de los Vendedores de la Heredad, pero no de la Doña Ana, à quien ningun derecho se le havia adquirido, teniendo solo accion de cobrar su censo, pero no obligar à la redencion; se arrimò à la suplica la sulodicha, en quanto à haverse mandado depositar el principal, pretendiendo se le entregasse, alegando à la B. del fol. 236. lo siguiente.

29. *Y porque no obsta à lo referido nada de lo que se alega de contrario por agravios de dicha sentencia, ni los recaudos presentados, porque es constante, que en virtud del pacto de la redencion hecho en el tercero, se adquiriò derecho à mi parte, y executivo para obligar à la redencion del dicho Censo, al tercero Posseedor, y su Fiador, que no se queda solo en los terminos de deudor Censualista, sino obligado à la redencion, teniendo mi parte interesse en ella, corre sin duda su pretension, y de su pedimento la execucion de dicha sentencia de remate sin perjuicio de los redditos, que se le estàn debiendo.* Y al fol. 241. volviò à alegar, diciendo: *Que el pacto de la redencion que se contiene en la Escritura de venta .:.:.:. no solo fue à favor de los Vendedores, sino que tambien por èl se le adquiriò derecho à mi parte, como interessada à dicho tributo, que se ha de redimir, y por èl tiene accion executiva para pedir su execucion, AUNQUE NO INTERVINIESSE EN EL CONTRACTO;* y en la conclusion se repite se le entregue el principal sin que se deposítasse.

30. Lo quarto: Que la sentencia de revista de 23. de Marzo de 1677. fol. 259, confirmatoria de la de vista, y de el Ordinario, contuvo dos CONQVES: El primero, en que se declarò no deber subsistir el deposito del principal, y que corriesse la sentencia de remate por los 6025. reales de plata, en reales

les de plata, perteneciente à dicha Doña Ana, y que los otros 2775. restantes, pertenecientes al Menor, quedassen impuestos sobre la Heredad. Y el segundo CONQVE, se reduxo, à que desde el dia, que se havia pedido el principal, los redditos cobrados se imputassen en la suerte principal. Haciendo presente D. Miguel, que del primer CONQVE no se havia suplicado, por Doña Ana Serrano, ni hablado sobre esto, cosa alguna, siendo unicamente la suplica, en quanto al segundo CONQVE de la cessacion, è imputacion de los redditos, como assi consta al fol. 261. de los autos, y se refiere al num. 13. del Memorial.

31. Lo quinto: Que siendo esta una formal Executoria, para pedir Doña Ana el principal del censo, que entonces le tocaba en parte, y despues el todo, por haver heredado enteramente à su hijo, como es constante del pleyto, no quiso usar de la sentencia de remate, dexando passar tantos años sin executarlo, pues para el cobro del principal, nada le embarazò la suplica, que de el segundo CONQVE interpuso, sobre la cessacion de redditos, como no le embarazò la discordia, que por el auto de 26. de Octubre de 683. fol. 277. B. para pedir como se pidiò la execucion en 23. de Agosto de 720. fol. 278, aun no estando esta resuelta.

32. Lo sexto; Que Doña Ana Serrano, contemplò tan à su favor la Executoria, que queda referida, que no se excusò cobrar, como con efecto cobrò 2698. reales de vellon por los tres recibos, que constan desde el fol. 270. hasta el 273. el primero en fecha de 16. de Enero, el segundo en 27. de Marzo, y el tercero en 2. de Mayo de 1679, con la circunstancia, de no expressar ser por redditos, sino *por quenta de lo que D. Alvaro le havia de pagar de el tributo, que se obligò à redimir, situado sobre una Heredad en la Villa de Bollullos de la Mitacion.* Porque si fuera por redditos precisamente lo expressàra, como lo executò con otros de tiempo anterior, y constan desde el fol. 143. hasta el 151.

33. Lo septimo: Que haviendo obtenido los herederos la segunda, y ultima Executoria de 20. de Diciembre de 736. fol. 349, en que atento à los nuevos instrumentos presentados, se reformò el auto de Vista de 9. de Julio de 735. y se mandò, que el Posseedor de la Vara de Padre de Menores, reconocisse

el Censo, à favor de los herederos de dicha Doña Ana, hasta en la cantidad de los 8800. reales de plata, y que los de D. Alvaro, depositassen la misma cantidad, en poder del Receptor de penas de Camara, para que se otorgasse la redencion, à favor de los de Doña Maria Nicolasa; saliò pidiendo los autos dicho D. Miguel, fol. 353, y aunque se le mandaron entregar, no consta los huviesse tomado; deduciendo incontinenti la pretēsion, para que se diesse providencia sobre los redditos, la que se mandò notificar al nuevo Possedor, por haver muerto dicho D. Miguel, y consta al *num.* 22. del Memorial.

34. Lo octavo: Que aun haviendo defendido à Doña Theresa, y à su Marido, uno de los Avogados, que aora forman el Manifiesto por los herederos de Doña Ana Serrano, como parece de los pedimentos fol. 381. 416. y 421, nada se alegò en punto de la nueva Executoria, y causales, que en ella se dieron, tocando muy ligeramente el estado antiguo de los autos, y hablando solamente sobre los redditos, que era el puncto, que entonces se trataba, y ni aun despues se ha tocado todo con aquella expression, y claridad, que era conveniente.

35. Supuesto este hecho, con tan veridico arreglo à los autos, pueden los herederos deducir dos instancias, ò replicas. La primera, que todo el hecho, que con tanta extension và puesto, no es bastante para que à Doña Theresa le assista justicia, para que siendo oìda, y que no le obstasse la Executoria, debiesse obtener favorable determinacion. Y la segunda, que si todo consta de el pleyto, aun quando no se huviesse alegado por D. Miguel, es visto se tuvo presente para las providencias, que se dieron à su favor, las que aora se trata no se executen, mayormente quando no se hace alegacion de hecho nuevo, que no haya alegado, y quando en las alegaciones no se haya incluido, dexe de constar en el pleyto, lo q̃ no puede negar Doña Theresa. A la primera alegacion, ò replica, se darà respuesta, quando se trate en el segundo puncto, por ser su proprio lugar; tocando en este, quanto à la segunda.

36. De los muchos casos, en que se puede oir sin embargo de la cosa juzgada, segun que de los AA. que citaron los herederos, y de los demàs, que vàn expuestos, consta; es uno, que la cosa juzgada, debe ir tan ceñida à lo expressamente alegado,

gado, que aunque los demàs hechos, ò circunstancias consten visiblemente de los autos, no los comprehende, y por lo que de ellos resulta, hay accion para deducirlos, y que la parte, que no los alegò pueda, y deba ser oìdo.

37. Esta conclusion es tan sentada, que si un Juez condenasse à una muger casada por obligacion, q̃ esta huviesse otorgado, si despues de la Executoria, taliesse pretendiendo, no debia obstarle, mediante, que como constaba del instrumento mismo, se havia obligado sin licencia de su Marido, lo que era prohibido, y assi que era nula la obligacion, aunque mas replicasse el Actor, valiendose de la fuerza de la Executoria, puede ser oìda, lo dixo en muy pocas palabras Gutierrez *de juram. confirm.* 1. *p. cap.* 1. *num.* 33. *Quæ licentia viri adeò est necessaria ad contractus mulierum, ut contractus ipsarum absque ea sit nullius momenti* ::::: *& etiam si sit condemnata, quia id non opposuit poterit in executione sententiæ opponere, ut tradit Rodericus Suarez in leg.* 13.*tit.*20.*lib.*3.*for. quæst fin.fol.mihi* 58.

38. D. Salgado *in Labyrit.*3.*part. cap.*1. con el motivo de tocar al *num.*29. la especie de acreedor, que presentando sus instrumentos, y pretendiò se le tuviesse por tal, tocando nada sobre prelacion, y que en qualquier estado del pleyto puede mover la especie sobre ella, llevando que esto es certissimo, concluye in hunc modum; *Et sic eidem nihil obstat prædictæ sententiæ, nec rei judicatæ exceptio, quoniam super causa non deducta, neque inter partes ventilata, ETIAM SI DE EA CONSTET IN ACTIS, per testium, aut instrumentorum probationem ferri non potest sententia*; comprobandolo con diferentes textos, y autoridades, desde el *num.*30. y siguientes.

39. Fue el animo de los herederos, segun manifiestan al *num.*30, con la explicacion tan lata, que hicieron de los lugares del Sr. Salgado: *Dar alguna noticia para desimpressionar à Doña Theresa de Hermosilla, y à quien fuesse de su dictamen sobre que la expression de mas, ò menos alegaciones, ò la mayor, ò menor extension de ellas, sobre una misma causa, ò derecho deducido en juicio, y sobre que cayò la Executoria, no es capaz de subvertirla, y que ni tal pensò el Señor Sr Salgado*, y dicen muy bien, porque quando no dicen bien, aun quando no dicen bien? que fue dar alguna noticia, que si la huvieran dado puntualmente toda, supuesto

que

que trae tantos casos, no se huvieran arrojado à decir: *Que todo su trabajo, y concepto cayò, no sobre nuevas alegaciones, y su extension, sino sobre nueva causa, y nuevo derecho, y en una palabra, sobre nueva accion no tratada nuevamente en el pleyto*; quando se halla, que pensò muy de espacio, y escribiò sobre el puncto, que necessita Doña Theresa, y quien sigue su dictamen.

40. Y sino, respondanme adequadamente los herederos. Es dable, que haviendo una Executoria, en que disponga determinadamente una cosa; que despues, sin nuevas alegaciones, haya otra, que determine immediatamente lo contrario? Ya se vè que me responderàn, que esto no puede ser; y aun me diràn, que esta segunda Executoria tendrà ninguna fuerza, que serà nula, y lo fundaràn en la *ley* 1. *Cod. quando provoc. non est necess. leg. Sententiam, Cod. de sentent. & interlocut. omn. judic.* en Escacia *de appellat. quæst.* 11. *ex n.* 194. cum pluribus sequentibus, y con estos, y otros D. Salgado *de regia* 1. *p. cap.* 3. *à princip. & num.* 3. citados todos por Pareja *de instrum. edit. tit.* 2. *resolt.* 6. *num.* 317.

41. Pues si esto es assi, recurrase al pleyto, y se hallarà, que si la sentencia de remate, que à pedimento de Doña Ana Serrano se pronunciò en 7. de Diciembre de 1674. por los 8800. reales de plata, contuvo la qualidad, de que se depositassen por D. Alvaro Gil en el Depositario General, se confirmò en vista, por el Auto de 4. de Diciembre de 676: y ofreciò, que executandose se daria la fianza de ley de Toledo; como parece à los *num.* 7. *y* 11. del Memorial; haviendose suplicado de ella por D. Alvaro, no se confirmò llanamente, sino con la circunstancia de que los 6025. reales de plata pertenecientes à la Doña Ana, no se depositassen, sino que esta siguiesse las diligencias del remate; y siendo esta una Executoria, vèmos que con las mismas alegaciones, que se hicieron antes de ella, obtuvo la otra de 20. de Diciembre de 736. en que expressamente se manda depositar el principal en el Receptor de penas de Camara, y no que se le entregue à los herederos, en virtud de la antecedente Executoria, usando estos de aquella sentencia de remate, y consta al num. 18. del Memorial.

42. Sino es que, conociendo que esto es certissimo, se recurre, à que esto no es de substancia, y que aunque no se huvies-

se

se al gado por D. Miguel, nada adelantàra con haverlo hecho, porque ni con este, ni con otros actos puede persuadirse la extinccion del censo, mientras con efecto no se entrega, y percibe el principal. A todo lo qual se darà plena satisfacion en su lugar, y se verà la grande diferencia, que hay, de que el principal se deposirasse, à que se huviesse mandado entregar, para renerse, ò no, el censo por extinguido.

43. Sed redeundo à quo digressi fuimus; es tan ponderoso el medio de no haver el Reo alegado una excepsion relevante, que la cosa juzgada obtenida por el Actor, no le obsta; como siguiendo la misma especie de la muger casada, que se obligò sin licencia de su Marido, y fue condenada, la lleva D. Antonio de Padilla *in leg. 1. Cod. de jur. & fact. ignor. num. 50.* ibi: *Colligitur preterea ex dicta lege, tametsi regula notabilis in hac materia, quod quando lex removet potentiam à persona contrahentis, tunc exceptio, vel defensio potest opponi, etiam post rem judicatam ...... quare si mulier (quam leges huius Regni prohibent contrahere, sine licentia Mariti, leg. 55. Tauri) contractum fecerit sine Mariti sui authoritate, poterit etiam lata sententia allegare hanc exceptionem, quod sine Marito suo contraxerit.* La misma opinion lleva, citando à este Author, y à otros, Acebedo *in leg. 2. tit. 3. lib. 5. Recop. num. 31.*

44. De cuyas doctrinas se deduce con evidencia, que no basta la existencia de la excepsion en los autos, sin que concurra la especial circunstancia de que por el Reo se alegue, no bastando, que por el Actor se diga ser muy suficiente, ò sobrado, que el hecho de que nace la excepsion, conste con evidencia de el pleyto; porque si esto fuera assi, en la especie, que se lleva puesta de la muger casada, tambien constaba del instrumento mismo la falta de licencia del Marido, lo que era visible, y sin embargo fundan los AA. que aun despues de la cosa juzgada, en que fue condenada la muger, puede esta oponer la excepsion de falta de licencia, y que debe ser oida.

45. La razon de esto consiste en que la excepsion, que visiblemente consta del pleyto, puede el Juez tenerla en consideracion para apreciarla, pues la puede leer; y apreciandola, determinar por ella; pero si no la quiso apreciar, ni apreciò, no es justo que su omission le prive al Reo de que la oponga, y

como alegacion nueva deba ser apreciada. Y se prueba de la misma especie, porque si quando fue convenida la muger casada, y presentò el instrumento, ya se leìa la falta de licencia, si el Juez huviera apreciadola, no huviera despachado la execucion, ni caido la cosa juzgada, como de equidad, y por oficio proprio suyo, lo podia hacer; y nunca fuera justo, que haviendo sido omisso el Juez, quedàra privado el Reo de aquella excepsion, que le resultaba favorable.

46. Todo este discurso, fue pensamiento del Sr. Salgado en el mismo capitulo 1. de la 3. *part. Labyrint.*, de que tanto se procuraron hacer cargo los herederos, quien con motivo de haver antecedentemente tocado la misma especie, que và puesta de la muger casada, que despues de la Executoria opuso la excepsion de falta de licencia, y tambien la de que quando de el instrumento presentado por el Acreedor, de que le resulta al Reo excepsion, la quiere este oponer despues de la cosa juzgada; llega al num. 114. y pone las palabras, que es preciso transcribir à la letra, por lo que comprueban el assunto y dicen assi.

47. *Et quatenus ex eodem instrumento producto resultant actio, & exceptio & possit Judex eam resultantem ex eodem instrumento, habere in consideratione, ex æquitate, & suo officio, & juxta eam absolvere reum ab actione ex eodem instrumento deducta, & intentata; benè poterit, & rectè facit Judex .... hæ tamen non adaptantur nostri casus terminis, in quibus (quando constaret de exceptione ex instrumentis productis) Judices eam non habuerunt in consideratione, sed penitùs omisserunt; cum iuxta actionem, Reum debitorem condemnarunt, & creditori gradum describsere, quem penitùs negarent, si attenderent, exceptionem debitoris apparentem ex eodem instrumento, quarè ipsa exceptio (si fortè constaret ex productis instrumentis, ut statim) omissa intelligitur, & reservata debitori, tàm ex eo, quod non fuit opposita per Reum, tacitè, neque expressè, quàm ex eo, quod illam Judex pronuntiando, non habuit in consideratione; & sic doctrina procedit, quando Judex exceptionem resultantem ex instrumento, habuit, etiam non oppositam, in consideratione; non verò quando eam non intendit, prout poterat ex suo officio & æquitate, quo casu omissa intelligitur, quia non deducta, nec determinata.*

48. Estas

48. Estas palabras, que tambien recayeron sobre la question del Estado de Alva de Aliste, y Mayorazgo de Villada, cuya especie comienza à tratar desde el num. 55. es la mayor prueba del intento de Doña Theresa, porque en el concurso de Alva presentò el Acreedor todos los instrumentos, por donde constaba, que el Mayorazgo obligado era el de Villada, pero sobre esto nada se alegò, y por lo mismo no obstante la cosa juzgada, el Successor en el Estado de Alva, fue oido, sin que esto sea nueva causa, *noviter inventa*, *& deducta*, sino aquella misma, que constaba del pleyto, y no se alegò; por cuyo defecto, y de no haverla apreciado los Juezes, huvo la Executoria, y no se le privò el derecho al Successor de Alva deduxesse la accion, y sin embargo de la excepsion dilatoria in vim peremptoriæ, por el voto de casi ocho Juezes se determinò, respondiesse derechamente, que es lo mismo, que pretende Doña Theresa.

49. Sed nihilhominùs, pueden instar los herederos, fundados en la opinion de Bartulo *in leg. 2. ff. de except.*, en la que llevò, que qualquiera, que presentare un instrumento, de que contra èl mismo visiblemente le resulta excepsion, es visto oponerseла, sin necessidad de otra oposicion expressa, con lo que hay muy bastante, para que el Juez pueda determinar sobre ella, siendo la razon, porque la excepsion no opuesta, siempre que constasse de la misma Escriptura, puede el Juez de oficio tenerla en consideracion; y quando por la inspeccion misma del instrumento aparece, y conste de la excepsion, no es necessaria oposicion expressa de ella, en que son comunes las doctrinas, y con cuyos fundamentos, podràn pretender los herederos, que no es necessaria la alegacion con la notoriedad en el processo de la excepsion.

50. A este argumento responde el Sr. Salgado loco citato, desde el *num.* 109. *al* 112., diciendo necessitar de inteligencia esta opinion de Bartulo, la que debe practicarse, quando la excepsion, que resulta del instrumento, es en favor del mismo, que lo presentò, à fin de convencer al Reo; pero que quando de los instrumentos presentados por el Acreedor puede resultarle al Reo defensa, y excepsion, *qui omnino tenebatur ea uti, & de ea opponere, cum exceptionis natura, & requisitum sit, ad hoc ut operetur, quod illam opponat pars, aliàs omissa intelligitur, & in re* judi-

judicatâ non comprehensa, se le debe oir. Y respecto, de q̃ tambien esta doctrina, la trae para la especie de la muger casada, prosequitur sic num. 113. *Et in terminis, quando ex instrumento constat mulierem esse nuptam, & non intervenisse licentiam viri, & Judicem eandem exceptionem à muliere non oppositam posse habere in consideratione; si tamen insuper mulier sit condemnata, posse ulteriùs eandem exceptionem, tamquam omissam, opponere, & deducere post condemnationem*, remitiendose à las doctrinas, que dexaba tocadas al *num.* 21. y 22., y con las mismas queda bastantemente fundado, que el defecto de alegacion expressa de defensa relevante, aunque evidente de los autos, no la suspende la excepsion de cosa juzgada.

51. Quando los fundamentos, que vàn expuestos, no fueran, como son, tan suficientes para lo legitimo de la pretension de Doña Theresa, y convencer los de los herederos, unos por diminutos, y otros por contrarios, como queda demonstrado, concurre otro, que *ex abundanti*, hace mucha fuerza; y consiste en que la especie deste pleyto, es de Mayorazgo, cuyo posseedor, que fue Don Miguel de Villegas, suegro de Doña Theresa, con quien siguiò D. Juan Perez de Ribera, marido de Doña Ana Serrano, fue tan omisso en defenderlo, que no expuso, ni executò todas las defensas, que debia; en tanto grado, q̃ en la primera instancia absolutamente nada alegò; y qualquiera que lo huviera conocido (que hay muchos) se persuadiera, y creyera lo mismo; y si algo le moviò en la segunda instancia, fue tan diminuto, como queda notado. Con que le viene adequado el *minùs plenè defendit causam* del texto vulgar *in leg. si servus* 53. §. *Si quis ante, ff. de legat.* 1. con quien concuerda la *ley* 3. §. *gesta, ff. quæ in fraud. credit.*, sobre cuyos textos el Sr. Molina *de primog. lib.* 4. *cap.* 8. *num.* 7. 8. & 9., con los addentes; copiosè D. Castillo *lib.* 5. *controv. cap.* 157 *à num.* 25., con los muchos, que cita, explica todos los casos, en que la cosa juzgada no perjudica à los successores, constando huvo en el posseedor con quien se litigò, ignavia, dolo, ò negligencia. Y, siendo opinion de los mismos, y de otros muchos, que cita Alvarez Pegas *resolut. forens. cap.* 4. *num.* 88., bastan conjeturas, y la omision, y menos de defensa, debe constar de los autos, no hace esto falta. Y à la verdad, se tiene por muy cierto,

que

que si D. Miguel huviera hecho la defensa, segun debia, pudiera haver esperado la confirmacion de la sentencia de Vista, que obtuvo, aun sin su comparecencia.

52. Y aun despues de ella, respecto de haver pedido los autos, pudo, y debiò haver alegado, no solo, que no havia Executoria de la Sala, para poder pedir desde luego el principal, por no haver havido suplica sobre esto; sino que la causal de haver tenido presentes instrumentos, se debe restringir unicamente à la Provision de Informe, sobre la discordia en punto de cessacion, è inclusion de redditos, presentada al *fol.* 337. de los autos; y supuesto que nada de esto hizo, le quedò reservado, por la providencia de la Sala, *fol.* 401. su derecho à salvo à Doña Theresa, para deducir esta, y demàs defensas, comprobando mas la indefension de su suegro, è indemnizando à D. Juan Tello su hijo immediato successor; procediendo en otros casos las reglas generales, que traen los herederos al *num.* 38 de su Manifiesto.

PUNTO SEGUNDO.

SOBRE QUE SIN EMBARGO DE LA SUBSISTENCIA del Censo, que piden los herederos, se declare por extinguido.

53. SI la respuesta de Doña Theresa, se huviera de reducir à darla muy por menor à las muchas questiones, que por los herederos se mueven, sirviera mas de dilatar, y confundir su justicia, porque à la verdad, las mas de ellas, se tocan, y resuelven *in abstracto*, porque de ser *in concreto*, no fueran tantas, mediante que el punto del pleyto, es uno, y muy breve, y el responder, aunque fuera muy facil, se tiene por no conveniente.

54. El punto, pues, de este pleyto, se reduce unicamente, sobre si por haver pedido Doña Ana Serrano se le entregasse el principal del tributo, valiendose de la obligacion, que contraxo Don Juan Gil, y haverlo conseguido à fuerza de sus instancias, con una sentencia de remate executoriada para cobrar desde luego, sin el menor impedimento, y comẽzado à cobrar

 par-

parte, y no profeguido à executar lo mifmo en el refto; causò todo efto una verdadera extinccion, de calidad, que fegun efte hecho, con el veridico, que confta del pleyto, quedò libre totalmente el Oficio, y Vara de Padre de Menores, para no fer, ni deber fer moleftado fu Poffeedor.

55. Con efta conclufion, en la conformidad, y con los terminos, que và puefta, fe excufan muchas queftiones, no del cafo, como fon: Si por pedirfe el principal folamente, fe caufe extinccion del Cenfo: Si por mandarfe cobrar de la Heredad, quedò libre el Oficio, y Vara, y otras, que fiendo precifo, fe harà cargo de ellas Doña Therefa.

56. Para lo qual es muy conveniéte, fe regiftre con gran cuydado el Manifiefto de los herederos, pues refiriendo parte del hecho, al *num. 46.* dicen: *Huvo confirmacion en revifta con las dos qualidades, que el remate fueffe por la parte de el principal, que tocaba à Doña Ana; y que ceffaffen los redditos defde el dia, que pidiò el principal.* Y continuadamente dicen afsi. De que *fuplicò la fufodicha.* Confiftiendo el reparo, en que no fe expreffa, que la fuplica fue folo por lo tocante à la fegunda qualidad de los redditos, y no en quanto à la primera de poder defde luego pedir, en virtud de la fentēcia de remate, el principal, que le tocaba. Y en efta confufion de voces, la equivocacion es manifiefta.

57. Tambien lo eftà al *num.* 53. donde haciendofe cargo de dicha primera qualidad, affegura, y funda, que en quanto à ella es providencia de vifta, haviendo una fola fentencia, pero no Executoria; fiendo lo mas reparable, fe diga *efperan vèr fe funde Executoria*, quando tienen el pleyto, con que fe pueden fatisfacer; profiguiendo en el mifmo error al *num.* 87. queriendo al figuiente 88. que fe haya de ir en efto de conformidad, por decir *fer hecho incontraftable*, quando en nada menos pienfa Doña Therefa, que en confeffarlo, antes fi, que fue una formal Executoria, la qualidad de que cobraffe Doña Ana, en virtud de la fentencia de remate, la parte del principal, que le tocaba.

58. De forma, que el concepto expreffo, en que caminan por todo el progreffo de fu difcurfo, confifte, en que de los referidos dos CONQVES, fe fuplicò por Doña Ana Serrano, por-

porque ambos fueron qualidades nuevas,que hicieron à la sentencia de revista, unicamente de vista, siendo assi, que este hecho es incierto; pues como se lleva notado supra *num.* 31. la suplica unicamente se interpuso sobre el segundo CONQVE, ò qualidad de cession de redditos, è imputacion en la suerte principal, pero no del primero CONQVE, ò qualidad, sobre que la dicha Doña Ana cobrasse la parte de principal, que entonces le tocaba, en virtud de la sentencia de remate, que por tres sentencias conformes tenia à su favor.

59. Pero ex abundanti, se demuestra, q̃ el primer CONQVE, ò qualidad no fue nueva, para que se tuviera esta determinacion, como de vista, y por esto suplicable, siendo, como fue una verdadera Executoria, sirviendo para prueba de esto las mismas doctrinas, que se traen por los herederos al *num.* 53. de su Manifiesto, que se reducen à tres authoridades del señor Larrea *decis.* 39. *per totam*, del señor Covarrubias *practic.cap.* 29. *num.* 6. *ubi addent.* y del señor Vela *cum plurib. dissertat.* 35. *numer.* 52.

60. Estos AA. mirados con reflexa, no fundan el dictamen de los herederos; antes si el contrario; porque entonces es qualidad nueva en la sentencia de revista, quando antes de ella no se tratò absolutamente del punto, sobre que se puso dicha qualidad; y supuesto que se citò, como addente, à Faria, se hacen presentes sus palabras *num.* 26. glossando dicho *cap.* 25. en que dice, que: *Licet regulariter apud nos à sententia revisionis in supremis Tribunalibus supplicatio non admittatur, id tamen fallit, quoties in illa novum aliquod gravamen adicitur, de quo nullatenus actum est*, citando à Azebedo, Paz *in prax.* y à otros.

61. Aplicando estas mismas doctrinas al pleyto, se hallarà, que haviendose confirmado la sentencia de remate, en que se previno el deposito del capital, por la sentencia de vista de 4. de Diciembre de 676. (que fue la que se mandò hacer saber à las partes) suplicò la Doña Ana de no haverle mandado entregar el principal, lo que se le concediò por la sentencia de revista; de que se sigue, que si antes se havia tratado de esto, no puede llamarse nueva esta qualidad, ò CONQVE, y que las doctrinas, que se traen, probaràn para otro assunto, pero no para el de el pleyto.

62. En

62. En tanto grado es cierto este hecho, que haviendo suplicado la dicha Doña Ana, solo de la segunda qualidad, ò CONQVE de cessacion de redditos, è imputacion en la suerte principal, se le opuso D. Alvaro Gil, diciendo: No ser admissible la suplica; sobre que se tomò conocimiento, y tambien sobre la especie de moneda, si de plata, ò de vellon, con el premio, sobre que se alegò dilatadamente por ambas partes; y por ultimo se le admitiò, discurriendose, seria porque sobre este assunto no se havia alegado formalmente antes, q̃ huviesse el auto de discordia, ceñida al punto de cessacion de redditos, dexandose de tocar sobre especie de moneda.

63. Compruebase mas ab inconvenienti, porque si segun el concepto de los herederos, que aora quieren manifestar, la suplica, que interpuso la dicha Doña Ana, fue de ambas qualidades, para persuadir no haverse extinguido el censo en todo, ni en parte, havràn de confessar no tuvo la susodicha facultad de cobrar parte de el principal, ni tampoco para en quenta de redditos, ni que el Don Alvaro fuesse creible, teniendo à su favor dichas dos qualidades, lo hiciesse, y sin embargo se vè, que la dicha Doña Ana recibe *2698.* reales por quenta de lo que se le debia pagar del tributo, que se obligò à redimir dicho D. Alvaro, situado sobre la Heredad, como està dicho supra *num.* 3[illegible]: luego es preciso confiessen, que por quanto dicha Doña Ana no suplicò de la qualidad, en que se le permitia cobrar el principal, percibiò la referida cantidad, sin que fuesse à quenta de redditos, pues no lo dicen los recibos.

64. Toda esta expression ha sido, y es muy del caso, para q̃ V. S. estè en la firme inteligencia de que sobre el punto de cobrar el principal hay Executoria, lo que oy quieren desvanecer los herederos, para traer otras doctrinas, que no son conducentes à el assunto de el pleyto, desfigurando el hecho, sin reparar en que las palabras del Cardenal de Luca, que traxeron al *num.* 15. de su Manifiesto les vienen ajustadas, debiendo tener presente, que si dicha Doña Ana pretendia se le entregasse el principal, que comenzò à cobrar, mal podia suplicar de la qualidad, en que se le concediò lo mismo que pedia, siendo muy facil hallar doctrinas, desfigurando el hecho, que siendo, como es, distinto, no son adaptables.

65. Bien

65. Bien se parece esto à lo q̃ practicaban los Estoicos, segun obsèrvò Plutarco, que para acomodar à todos, los decretos de su Etica, violentabà la razon, y llenaban sus libros de muchas perplexidades, estimãdo mas torcer las cosas à sus decretos para hacerlos plausibles, q̃ ajustar sus decretos à la ley de la naturaleza, y razõ, son sus palabras: *Estoici, non sua rebus accommodantes decreta, sed res ad decreta sua, multis difficultatibus, cũ quibus consentire eas natura non sinit.* Buena es la delicadeza del discurso; pero mejor es, que la verdad, ò no se niegue, ò no se disfrace. Mejor lo dixo S. Atanasio *in exortat. ad Monach.* No solo se ha de escusar la verdad de el hecho, pero aun la posibilidad de faltar à ella, ibi: *Omne quod fingi potest, tanquam posse credi, caveamus: nec tantùm nobis fides facti, sed posibilitas releganda mendacij est.*

66. Sentado yà que el hecho cierto, y verdadero, es el que và expuesto, con el qual llegaràn à conocer se les funda haver Executoria; no es del caso la question, de si por la obligacion, que contraxo el tercero, se entienda hecha novacion, ni tampoco la de si por solo pedir el Acreedor Censualista el principal, se cause extincción, aunque se le lleguen à adjudicar bienes, como no sea irrevocabiliter, sobre que tantas doctrinas se traen, que se omiten consulto, porque la dificultad es solo en los terminos, que se llevan puestos supra num. 54. de haver llegado el Acreedor, no solo à pedir el principal, ni à que se le adjudicassen bienes, sino à ponerse en estado de cobrarlo francamente, sin que huviesse el menor embarazo, y que la mora en no cobrarlo fue de la Doña Ana, y sus herederos, en cuyo caso se tiene por sin duda la extincción; y se prueba practicamente, porque en todos los medios, que se proponen por los herederos, ninguno es este, siendo assi que es el principal. Pero como lo havian de hacer, quando para excusarlo, niegan el hecho, que resulta visible de los autos? Y por lo mismo se les harà creer, que si en su concepto, mientras no haviere real entrego, y percibo del capital, no se tiene por extinguido, en reconociendo lo contrario, hallaràn fundado lo que al final del *num.* 89. de su Manifiesto deseaban vèr.

67. Si la question fuera, sobre si à el Acreedor Censualista se le adquiera accion, y derecho por el hecho del tercero, que comprò la alhaja afecta al censo en que se obligò expressamente

te

te à redimirlo, no se necessitaba otra cosa, que el lugar del señor Vela *dissert.27.* y decision de esta Real Audiencia in facti cōtingēcia, en q̄ se determinó poder pedir la redenciō el Acreedor Censualista, en virtud de aquel pacto del tercero. La dificultad mayor es, haverse apreciado, que desde que tuvo noticia el Acreedor, se mandaron cessar los redditos, no por otra razon, sino la de que por pedirse el principal, se perdiò la naturaleza de censo, convirtiendose en otro contracto, pues siendola fuerte principal irredimible, luego que se llegò à pedir, se sigue *rem deveniss̄e ad casum, à quo incipere non poterat.*

68. Estrechos los herederos con esta opinion, que confiessan cierta al *num.90.*, dudan de su probabilidad, fundados en el lugar del señor Olea *tit.4. quæst.9. à num.36.* Y ciertamente, que bien entendido, no porque su opinion fuesse, que el Acreedor Censualista *sine cessione debitoris vendentis* no puede pedir el principal, es visto, que esta opinion deba prevalecer, porque esto fuera bueno, quando en el pleyto se disputàra, si Doña Ana Serrano pudo, ò no pedir, lo que està tan ageno de disputa, que practicò lo contrario, fue oida, y aprobado por una Executoria de la Sala, que prepondera mucho mas, que la opinion del señor Olea, quien no queda tan firme en ella, como puede reconocerse al num.40. y 41. final. Lo que es del caso, es la extinccion del censo, y cessacion de redditos, en el qual su pregunta se reduce, à si con solo la noticia del pacto, pidiere el Acreedor, si desde el dia de esta noticia, deberàn cessar los redditos.

69. Esto tampoco es del assunto, porque no se està en los terminos de solo pedir, utcumque, sino de haver solicitado cobrar con efecto el principal, pretendiendo se le entregasse desde luego, y por no haversele mandado entregar por la sentencia de vista, suplicado, y luego que por la revista se le mandò hacer el entrego, y comenzado despues à cobrarlo en cantidad de los dichos 2698. reales, haverse suspendido, sin proseguir la sentencia de remate, que tenia à su favor, no teniendo el menor impedimento para no hacerlo. Pero prosigamos con el señor Olea, que admite la opinion del señor Vela, quando el Acreedor consintiò en el pacto, y admitiò al tercero deudor, como su delegado para la redempcion: *Nam eo casu debitor*

litor censualis stat in liberaretur, & respectu novi creditoris, quem suscepit, contractus census transformaretur in simplex debitum; a diferencia de quando saliesse con la mera noticia, pidiendo mandamiento de execucion, en cuyo caso no cree se tenga el censo por redimido, mientras el principal no se entrega.

70. Y aplicando al caso esta opinion, se halla que Doña Ana Serrano alegò expressamente, que por el pacto puesto en la Escriptura de venta de la Heredad, se le adquiriò derecho, aun executivo, para obligar à la redencion, AVNQUE NO HUVIESSE INTERVENIDO EN EL CONTRACTO, contradiciendo totis viribus el deposito del principal, como està dicho al num. 19. que no puede ser mas expressa admissiò, ni mas conforme à la opinion del señor Olea, para que desde entonces se huviesse causado una verdadera extinccion del cēso, quedando libre la Vara, y Oficio.

71. Concluye muy al intento de Doña Theresa, porque aunque en la opinion que lleva: *Quamvis ex aliqua causa aperiatur via creditori ad petendam sortem principalem census, ex eius petitione non inducatur eius redemptio, neque sistet cursus redditnum, usque quo sequatur realis solutio,* immediatamente dice: *Vel per creditorem stet, quominùs eam non recipiat.* Pues si no la pudiera pedir, para què se nota la mora? Y si lo puede pedir, le hizo tanta fuerza la diligencia, que debiò prestar, que estando de su parte el no recebir el principal, sin dificultad admite la extinccion, para que el deudor Censualista, y las fincas, ò hypotecas queden libres, lo que es constante en el caso presente, pues no se puede negar, que con la sentencia de revista, y qualidad, de que para cobrar usasse de la sentencia de remate, estuvo en su arbitrio executarla, y como sin litigio cobrò los 2698. reales, haver procedido cobrando el resto de Don Alvaro Gil, quien estaba pronto à entregarlo, y solo se detenia en que havia de ser en vellon, con el premio de 10. por 100., y la Doña Ana solicitaba debia ser en plata, sin que se haya mostrado, què impedimento tuviesse para no cobrar, ni exercitar el apremio, no solo en la Heredad de Bollullos, sino en los demàs bienes del obligado en la Escriptura.

72. Comprueba este discurso Cencio *quæst.* 107. *num.* 13. ibi: *Quod si sors non restituatur, non ob moram debitoris, sed ob*

negligentiam creditoris, utique cessabit cursus fructuum, nec aliquod debetur interesse, quod absque mora deberi non potest. Et paulò inferius: *Si nullum aliud impedimentum incidat, quam mera ipsius creditoris mora, & negligentia; eò enim casu, cum sit in facultate eius repetere, & consequi, quando vellit, resolvitur census obligatio, & cessant reditus.* Sigue la misma opinion D. Salgado 1. *p. labyrint cap.* 18. *à num.* 28. *ad* 31.

73. Y ciertamente que hace fuerza, pues de todo este litigio, y segunda Executoria, quien tiene la culpa, ha sido Doña Ana, que si incontinenti huviera cobrado, pues se le ofrecia el dinero, y lo comenzò à recebir en vellon, como parece de los recibos, y no prosiguiò; y quando esta no lo huviesse hecho, lo executaràn los herederos, no tuviera la menor duda en que el Oficio estuviera libre de ellas; pero querer tener tan libres las facultades, que semper ac pro semper se pueda pedir el censo, como si fuera una adjudicacion en concurso, que puede no tener efecto, ò en otra assignacion, que depende de contingencias, que son los casos sabidos en los AA., esto no puede ser, ni el señor Olea, con quien tantas exclamaciones se han hecho, ni otro alguno, puede dàr, ni dè dictamen, en que estando en la mera voluntad del Acreedor cobrar su principal de una assignacion, lo pueda dexar, y venir à perseguir las demàs fincas; y por consiguiente, que todas las doctrinas, que por especiales se han traido, contrayendolas à lo que consta de los autos, son contra producentem, ò no son aplicables à el assunto. Y para que se vea que esto es assi, hagase cotejo de todas las que se traen, y se conocerà hablan en casos distintos; que à estarse en ellos, no tuviera Doña Theresa embarazo en admitirlas; pero no es mucho se cargue tanto la consideracion sobre ellas, quando los herederos se separan de lo substancial del hecho. Y assi, si no se temiera la dilacion, se procuràran exponer una por una.

74. Conociendo los herederos, que el unico Achiles de este segundo Punto, consiste, en que la mora en el deudor Censualista en cobrar el principal de su tributo, que por haverlo pedido, mediante que en el tercero comprador de una de las fincas, ò hypotecas, contraxo obligacion de entregarlo, y se le mandò entregar por el Juez; es uno de los casos, en que

el

el censo se extingue, y niega el recurso contra el imponedor, y demàs fincas obligadas, segun se lleva propuesto, se procura desde el num. 69. por algunos siguientes, con el mayor esfuerzo hacerse cargo de lo que por derecho se halla dispuesto, por tener presente, que si no destruyen el fundamento, que à Doña Theresa favorece para su pretension, nada adelantaban para la suya, que siempre se ha reducido à instar, y persuadir, no poder darse extinccion de censo, sin que haya real numeracion, y entrego del principal.

75. Y hallando, que el señor Salgado *in 1. p. labyrint. cap. 18.* con Cencio *de censib. quæst. 107.*, y diferentes decisiones de la Rota, prueba la extinccion en el referido caso, de que por el Acreedor se ha quominus el principal no se entregue; procuran contraponerlo al señor Castillo, no solo en el *lib. 4. controv. cap. 59.* sino en el *lib. 5. cap. 77.* explicando muy de espacio, lo que en este capitulo expuso, vienen à reducirse, à quien el señor Castillo no fixò opinion, sino se quedò dudoso. ibi: *Quod erit maturè pensandum, atque deliberandum.* Con que hasta aqui nada adelantaron, con tan prolixo trabajo.

76. Por esta razon llegando al num. 81., concediendo la igualdad de opinion en dichos AA. dicen: *Por dar mas lugar à la dificultad, contrayendo las doctrinas de este ultimo hecho al pleito, y las que trae el señor Castillo contra la negligencia del Acreedor, à lo que executò Doña Ana Serrano, no hallamos la mas leve proporcion, ni adaptacion, para que le pongamos en terminos de que por su culpa no percibiò el principal.* Que son sus expressas voces.

77. En el *num. 82.* refieren el hecho, que dicen, resulta de los autos, hasta llegar à la sentencia de revista, y sus dos qualidades, ò additamentos. Y aqui es donde varian, diciendo: *Que se suplicò de ellos por dicha Doña Ana.* Y por Doña Theresa, què se dice? Que esto es fallo; y que *utinam tam facile esset vera invenire posse, quam falsa convincere.* Pues con remitir à los herederos al pleyto, y que lean el pedimento, que diò la susodicha al *fol. 261.* hallaràn su convecimiento; y si no se quisieren cansar en leerlo todo, (aunque todo conduce) con vèr el principio, entenderàn, que la suplica fue reducida unica, y taxativamente al punto de cessacion de redditos, è imputacion en el principal de los recebidos, y no à la libre facultad de cobrar el prin-

 ci-

cipal, que havia pedido, y para que se le dexò franca la sentencia de remate contra dicho D. Alvaro, y sus bienes.

78. Pues si esto es assi, y que con verdad no se puede negar; para què se niega? Es, acaso, ni puede ser buena fee? No es otra cosa, que lo que decia Seneca en una de sus sentencias: *Vollunt homines ita præceptum esse, ut vivunt; non ita vivere, ut præceptum est.* Querer, que la ley quiera, lo que ellos quieren; y no quieren ellos, lo que quiere la ley. Pues si en un escrito, con el mayor sossiego, y espacio executado, se dice esto; què se puede creer se dirìa en Estrados, quando este pleyto se ha visto tantas veces, y tantas veces se ha callado? No tiene duda Doña Theresa, que si se huviera hecho la debida expresion, fuera excusado este trabajo. Deduciendose de esto, que las doctrinas tantas, y tan repetidas, que se han traido, en su caso seràn muy buenas; pero para aplicarlas al del pleyto, nihil ineptius.

79. Eiusdem farinæ es la interpretacion, mas que voluntaria, que quisieron dàr al *num.* 52. à la sentencia de revista, *en quanto à que la redencion, que havia de hacer D. Alvaro del censo, se havia de depositar, ò entregar à Doña Ana Serrano.* Porque tal cosa no se halla en dicha sentencia, como ad oculum se puede registrar en ella al *fol.* 259. mediante, que lo que en ella se mandò, fue, que el remate fuesse, y se entendiesse por 6025. reales de plata, resto de los 9225. reales de plata, que pertenecian à la dicha Doña Ana Serrano en el tributo de 129. reales de plata; con que no hay que añadir palabras, ni inducir alternativas, contra el tenor literal de las providencias, para acomodar doctrinas, y no hacerse cargo de la dificultad. A mas de que sin salir del mismo numero, dicen: *que por dicha sentencia, solo se le contemplò parte formal, para percibir, lo que à ella le pertenecia.* Y si para esto se le contemplò parte formal, como no cobrò al menos esta cantidad, respecto de que no tenia el menor embarazo para executar en virtud de la sentencia de remate al D. Alvaro? Con que la demora no fue de parte del deudor, sino de Doña Ana, quien solo cobrò los 2698. reales de vellon, ut toties est repetitum.

80. Y aunque por dicha Executoria se mandò igualmente, que los 2779. reales de plata pertenecientes al menor, quedas-

dassen impuestos sobre la Heredad vendida; esto durò tan poco, que no passò mucho tiempo, sin que muriesse, como muriò el menor su hijo, à quien heredò la Doña Ana, quien en este caso, como que se resolviò aquel mandato, pudo, y debiò haver executado la misma diligencia.

81. Aora se acabarà de conocer, el justo motivo, y fundado derecho, que assiste à Doña Thereſa, por su Marido, actual posseedor del Mayorazgo, y por su hijo immediato successor, para la demanda, que puso, y à que solicita respondan los herederos; consistiendo esta, no en *la condiccion indebiti*, por el gran respecto, que se merece la segunda Executoria; sino en *la condiccion sine causa*, la que es admissible, no obstante qualquiera Executoria, para hacer presente todo lo que pueda conducir, à que lo mandado por ella no se execute.

82. Fundase esta accion en muchos textos, siendo el que se tiene por capital el de la ley *si Fullo, ff. de condict. sin. caus* que con poner sus palabras, se excusa otra qualquiera exornacion, y son estas: *Si fallo vestimenta lavanda conduxerit, deinde amissis eis Domino pretium ex locato conventus, praestiterit, posteà Dominus invenerit vestimenta, qua actione debeat consequi pretium quod dedit? Et ait Cassius, cum non solùm ex conducto agere, verùm & condicere Domino posse, ego puto, ex conducto omnimodò eum habere actionem, an autem, & condicere possit, quaesitum est, quia non indebitum dedit? Nisi fortè, quasi sine causa ei datum sit, putamus condici posse, & pretium vestimenti, etenim vestimentis inventis, quasi sine causa ei datum videtur.* Cuyo texto explican al intento Ceballos *com. contra com. quaest.* 542. Avendaño *de censib. cap.* 41. *num.* 5. y otros.

83. Fuera razon, que no haviendo alegado Don Miguel Tello, suegro de Doña Thereſa, ni los Avogados, que defendieron à ambos en sus respectivas instancias, que havia una Executoria de V.S. por la que el censo estaba extincto, con los demàs medios, que tambien omitieron (segun que antecedentemente se ha dicho) se haya de sufrir una segunda Executoria, que declara por subsistente el censo, mandandolo reconocer, y que quede gravado el Oficio, no debiendo estarlo; y que sobre constar de la liberacion, y usandose aora de este derecho, se diga por los herederos no tener obligacion à responder? Siendo

do afsi, que no fe fundan mas que en la fegunda Executoria, quando para que refpondan hay en los terminos muchos textos, baftando citar uno, para prueba defte affunto.

84. Efte es la *ley 1. Cod. de re judic.*: *Rebus quidem judicatis ftandum eft; fed fi probare poterit, eum qui condemnatus eft, id, quod furto amifiſſe videbatur, recepiſſe, adverfus judicati agentem, doli exceptione appofita tueri te poteris.* Con el qual deberàn quedar perfuadidos, à que es mifero refugio el de la Executoria fegunda, para no refponder, quando para que lo hagan, tienen contra si la primera; no fuera muy bueno, que luego que D. Miguel fupo que la Executoria fe motivaba con los inftrumentos que fe dixo haverfe prefentado en la inftancia de revifta, fupuefto que pidiò los autos, y fe le mandaron entregar, huviefſe con la mayor veneracion, hecho prefente no haver tales inftrumentos nuevos, fino folo una Real Provifion de informe, oculta por los herederos, fiendo afsi, que fe havia obtenido por D. Alvaro Gil, haciendolo conftar de los autos? Bien pudo hacerlo, pero no lo hizo; y fe pretenderà, que efta omifsion perjudique à los fucceffores en el Mayorazgo? Mucho es menefter para la creencia.

85. Llegan al *num. 106.* y diciendo fer cafo muy rigorofo (y de hecho lo es) traen un lugar del feñor Salgado *in labyr. 3. part. cap. 1. à num. 118, ad 174.* cuya efpecie proponen de dos Executorias fobre un mifmo affunto, y el mifmo articulo de no tener obligacion à refponder, y reconociendo, que el feñor Salgado refuelve no obftar la primera, y que fin embargo del articulo, fe debia refponder derechamente: quando fe penfaba, que de efta efpecie facaffen algo, que les aprovechaffe, concluyen; en què? *En admirarfe, que en una cofa, à fu parecer tan clara, huvieffe el feñor Salgado empeñado fu habilidad, teniendo folo en contra el fagrado, y refugio de la cofa juzgada, y quan dificil es ir contra ella; y reflexionandofe folo fobre la libertad de los Acreedores del cenfo, à pedir defpues de una Executoria en un concurfo, contra un tercero, y defpues de otra, efta, y en virtud de ambas obtenido el pago, retroceder el principal.*

86. Y efto les caufa admiracion? Mayor le han caufado à Doña Therefa muchas cofas practicadas por los herederos, y quien figue fu dictamen. Se admiran de que el feñor Salgado

se empeñe, en que no obsta la cosa juzgada, quando hay justicia clara, en quien pretende manifestar su justicia; y reparen en que teniendola tan manifiesta Doña Theresa, pretenda se la oyga, teniendo tan seguro Protector? Se admiran, de que el Sr. Salgado, se empeñe, como dicẽ, quando con tantos, y tan claros textos, y opiniones de AA. Clasicos, funda su opinion, y no advierten, que fundada Doña Theresa en el mismo, y en los mismos, ha propuesto su accion, y ha procurado aclarar el hecho, que tan oculto estaba? Se admiran, de que el señor Salgado no tuviesse presente el sagrado refugio de la cosa juzgada, segun la ultima Executoria de el año de 736. y no les contiene, que Doña Theresa para su seguro tiene el asylo de la cosa juzgada de la primera del año de 677., con la que el censo quedò extincto, por la mora de Doña Ana Serrano?

87. Lo que admita, y con razon, à Doña Theresa, es, que diciendo el señor Salgado *num.* 128: *Ego in quæstione proposita, nec dubius fui unquam, nec cogitare potui, quod in mentem alicuius docti Viri aliqua dubitandi ratio cadere posit, vel stante juris arte; & ratione naturali, vel saltim juribus expressis quæstionem decidentibus*; todo el estudio de los herederos se reduxesse à buscar textos, que imponen penas contra los que se oponen à las Executorias, y su debido respecto; quando fuera mejor los buscassen para responder à los doctissimos fundamentos de el señor Salgado; que es lo que totalmente omitieron. Pero como los havian de hallar proporcionados à el assunto, quando no hay alguno, haviendo hecho lo bastante con cumular muchas doctrinas en terminos generales, y de casos distintos del de el pleyto, para hácer una avultada respuesta, ut satis ostensum manet; ò no haver traido este lugar, favoreciendoles absolutamente nada à su intento.

88. Cierra en fin (que yà es justo se cierte, y concluya la respuesta à este segundo punto) el señor Salgado el dilatado discurso, que hizo sobre la dicha especie; y despues de haver hecho la mas menuda expression de todos los fundamentos, que vàn expuestos por Doña Theresa en ambos discursos, fixa su opinion al num. 195. diciendo: *Quare concludendum erit, quod & si lata sententia, in favorem creditorum, contra tertium rei hipotecatæ possessorem, ut censum recognoscat, vel dimittat, omnino cessetº*

ſet, ob ſupervenientem rem judicatam, in favorem debitoris principalis, declarantem eum jam ſolviſſe, & extinctam fuiſſe ſuam obligationem. Y al num. 196: *Quo caſu ex iſta re judicata ſecunda in favorem debitoris principalis, cui principaliter ineſt, & defenſio principaliter competit; ſi inſuper declararetur, tertium poſſeſſorem..... amplius inſuper teneri ex priori re judicata, innumerabilia ſequerentur abſurda, tum quod hypoteca maneat obligata pro jure extincto, & quod iam non eſt; tum quod creditores tam ſoluti, & dimiſſi, iterum contra bonam fidem exigant, & quod exigant abſque titulo & cauſa exigendi.*

89. Solo hay una diferencia de el caſo del ſeñor Salgado, à el preſente; que en aquel, la ſentencia condemnatoria de el Reo, precediò, y deſpues ſobrevino la abſolutoria, ſin embargo de el articulo, y en eſte primero fue la Executoria à favor de el Poſſeedor de la Vara, y Oficio, de que reſultò la extinccion del cenſo, y deſpues fue la condemnatoria, para que la reconocieſſe. Pero eſta no es, ni puede llamarſe diferencia; antes ſi, concurren en eſte caſo mas eſpeciales circunſtancias, q̃ à haverſe tenido preſentes, ſe cree no huviera obtenidoſe la ſegunda Executoria. Por lo que los herederos no tienen juſta razon de admirarſe, pues ſaben, que el admirarſe, tiene reſabios de ignorancia; y el imitarſe à un ſugeto tan circunſtanciado como el Sr. Salgado, à quien los herederos *num.* 112. llaman Principe de la Juriſprudencia, tiene las mas proprias recomendaciones, de eſtimacion, y aprovechamiento.

PVNTO TERCERO.

SOBRE LOS ALIMENTOS QUE PRETENDE Doña Thereſa.

90. ES ſeparable, que quando el tributo eſtà tan convencido de inſubſiſtente, como queda fundado, ſe multipliquen aora los Dueños, pues en los dos Puntos antecedentes, ſe obſerva, que los que han hablado, y expu-

puesto sus defensas son los herederos de Doña Ana Serrano; y aora los mismos, y D. Blas Blazquez Davila, siendo esta union para defender por aora, que à Doña Theresa se le denieguen los alimentos, que pretende, y despues para quitarle el Oficio, y Vara de Padre de Menores, que es la unica alhaja del Mayorazgo de su Marido, è hijo, de calidad, que aun que esto se quiera negar, no puede hacerse creer, que no lo parezca.

91. Qualquiera que viere el grande aparato, con que los dos unidos se introducen en este articulo, podrà discurrir, que es tan fuera de justicia la pretension de Doña Theresa, que aun razon le falta para haverla introducido; pero reflexionando de espacio todas las circunstancias, hallarà que es arreglada à razon, y justicia.

22. La question principal que mueven, consiste, en si à los Posseedores de Mayorazgos, y demàs personas Ilustres en el concurso de sus Acreedores, se les deban dar alimentos, en que hallando, que la opinion negativa es de el señor Salgado *1. p. Labyrint. cap. 24.* signanter *à num. 33.*, y la contraria la del señor Castillo *de aliment. cap. 37. §. 1.* per totum, y que considerando à ambos por Principes de la Jurisprudencia, no se llegaron à responder reciprocamente, y que tampoco adelanta cosa alguna el Addicionador al señor Castillo, ni sobre este punto quiso tocar el señor Olea *tit. 3. quæst. 13.* sino relativè, y que esto era bastante para que no se pueda fundar opinion cierta, ponderando su gran trabajo, quieren con violencia traer à su opinion la de el Sr. Castillo, reduciendo à tres classes los Acreedores: unos del actual posseedor; otros de los antecessores; y otros, que tenian causa anterior à la vinculacion; y en este ultimo caso, que es el mas estrecho, llegan à concluir, en que pueden los Acreedores vender hasta las cabezas de los Mayorazgos; siendo tanto su trabajo, que aun despues de haver escrito esto, dicen, haverlo hallado en el Cardenal de Luca *de credit. & debit. disc. 153. num. 4. & 5.* con lo que dàn à entender no tener duda en este punto.

93. Pero Doña Theresa aprecia en tan poco este trabajo, que con razon lo halla infructuoso, por no ser aplicables las doctrinas à la especie à que se contraen, que de serlo se traxeran

ran algunas especiales para el assunto. Porque estos AA. y los demàs, que han tocado esta materia, vàn hablando en terminos de q en un concurso de Acreedores à los bienes de un Mayorazgo, salga el Posseedor, y con la precisa formalidad de tal, pida alimentos de los bienes del Mayorazgo, que goza; en cuyo caso pudiera disputarse la question. Pero en el presente, falta que este sea concurso, por no haver mas que un Acreedor, que para cobrar su credito, ha embargado los unicos frutos de este Mayorazgo, que consisten unicamente en los que produce dicha Vara, y Oficio. Y sin embargo no es tan corriente la opinion, de que no se le deban dar alimentos al Posseedor, que no se confiesse disputable.

94. Y aunque el embargo fuera à pedimento de algunos, no obstante podia deducirse la pretension de alimentos, por ser textual, que de los bienes embargados à instancia de Acreedores, d ba ser alimētado el Posseedor; cuya conclusion, como fundada en el texto capital, que citan los herederos *in leg. fin. § quod si ei, Cod. de ordin. cogniti*, cuyas palabras transcriben *al num.* 119. de su Manifiesto, la llevaron D. Salgado *in Labyrint. 1. part. cap. 16 num* 9. Menochio *de arbitr. lib. 1. quæst.* 35. *num.* 23. Valasco *consultat.* 1. Barbosa, y otros, que cita Bolero *de decot. debit. Fiscal. tit. 3. quæst.* 5. en terminos de un Mercader fallido, à quien se le embargaron todos sus bienes, y nombrò Administrador à ellos, que pidiendo estè alimentos, lleva no poderfele denegar, sin embargo de que declarada la quiebra, y hecho el embargo, sea yà un formal concurso de Acreedores; ut in terminis D. Salgado *in Labyrint. 1. part. cap. 1. num.* 42.

95. Otro caso es, quando el embargo se hace por uno, que se supone, ò figura acreedor, y se disputa si lo es, ò no, legitimo; que es el proprio de este pleyto, en que si se ha hecho embargo de los frutos de la Vara, y Oficio, con la demanda puesta por Doña Theresa, sobre la extinccion del censo, y que no le obsta la segunda Executoria, se ha quedado al menos dudosa la accion de los herederos, y esto basta, para que los alimentos se deban al Dueño de estos frutos, que lo es qualquiera posseedor de Mayorazgo, como es comun en todos los AA.

96. Fue

96. Fue observacion esta del señor Castillo *lib. 3. var. cap. 27.*, en que haciendose cargo de dicha *ley fin.* y §. *quod si ei*, à *num.* 33., con Surdo, Valasco, y otros, lleva, que entonces no hay duda, quando *alimenta, & litis expensas præstandas ei, à quo bona, quæ possidebat, auferuntur ex aliqua causa*, y el que los pide no tiene otro recurso, para poderse mantener. Y siendo el fin del embargo una seguridad para muchos fines, y uno de ellos, que se mantenga hasta que el pleyto se concluya, es justo, que mientras no hay determinacion, se mantenga el Dueño de los mismos bienes; como en los proprios terminos lo lleva, y funda Bolero *loco proxim. citat.* signanter *à num.6.*

97. Si estos alimentos los huviera pedido Doña Theresa, por la unica razon, de que su Marido es actual Posseedor de el Mayorazgo obligado, legitimo, y verdadero al censo, no necessitàra de pedir se le acudiesse por pobre, como lo pidiò, y consta al *fol.* 419. y de hecho se le mandò ayudar: Con que la pretension fue, como un mero particular, que para litigar, pide alimentos provisionales, y litis expensas, los que sin duda, deben darse à qualquiera que litiga, como concurran los dos requisitos de pobreza, y que *habeat præsumptionem justitiæ, super petitione sua, & meritis causæ.* Punto este tan sabido, que plena manu, explicando la *ley si instituta* 28 §. *de inofficioso, ff. de inofic. testam.* fundò con muy sobradas authoridades D. Castillo *dict. cap.* 27. per totum, con el señor Molina *de primogen. lib. 2. cap. 16. à num.* 29., con los muchos, que citan los Addentes; que si los herederos, y Don Blas se huvieran hecho cargo de esto, se excusaran de detenerse solo en la question, que movieron, sino hacerse cargo tambien de esta, que era la principal.

98. Bien se conoce, fue esto estudio, pues en el referido num. 119., teniendo presente, que V. S. ha sido servido mandar librar à Doña Theresa algunas cantidades, y por la providencia de 21. de Julio del año de 740., que està al fol. 491. B., que por aora se le diessen 200. ducados en cada un año, les hizo tanta fuerza, que precaviendose de esta instancia, que por Doña Theresa se podia hacer, tuvieron para satisfacerse lo muy bastante; con el justo proceder de la Sala. Y si el fundamento

 se

le hibiò en la opinion de Bolero en el lugar, que và citado (segun dicen) y esta con la del señor Castillo, es opuesta à la del señor Salgado, no hay prueba mas eficaz, de que no tuvo aprecio en la Superior consideracion de la Sala, ò porque no es seguida en la practica, ò porque no era adaptable al punto de el pleyto; ò por otros muchos mayores motivos, que no le es licito à Doña Theresa tocar, sino venerar. Siendo permitido exponer, hallarse con una familia de un Marido, persona tan notoriamente ilustre, ausente de esta Ciudad, dos hijos, y lo preciso de dos criados, que para lo mas ceñido de alimentos, y segun lo subido de los precios de estos, aun con mucho no alcanzan los 200. ducados.

99. Bastando, y aun sobrando, que V. S. lo haya mandado, es muy de tener presente; que si introducida por Doña Theresa la pretension de alimentos, y dado traslado à D. Blas, respondiò, que à quien le tocaba la defensa era à los herederos, despues no se excusò à oponerse, no tan fuera de ir contra su proprio hecho, que como parece de la Escriptura de Arrendamiento, que se le hizo de la Vara en 17. de Noviembre de 738. en precio de 4y. reales de vellon, se capitulò, que 1800. havia de reservar para hacerse pago de lo que havia suplido, y los 2200. reales, que havia de entregar, desde el dia, que constasse estar desembargada por la comision, segun consta à el *fol.* 464., y haviendose desembargado en Junio de 739. segun se ajusta del testimonio *fol.* 536., no se alcanza el motivo, que haya tenido, para oponerse à entregar estos 200. ducados, sabiendo, que el haverse reservado, fue para aplicarse à los alimentos, y constandole muy bien, como tan internado entonces en las casas de Doña Theresa, hasta conseguir su pretension, las muchas necessidades, y desnudeces, que esta padecia, y su familia, no debiò en los terminos de Inquilino, tan fuera de los limites de lo justo, practicar la contradiccion; que quando no le bastàra su proprio hecho, siquiera de urbanidad, y de misericordia debiera haverse mantenido en la neutralidad, que al principio; dando lugar à que se le diga con el docto Padre Garau, *que entonces falta la amistad, que sigue à una conveniencia, à vista de otra mayor.*

100. Ni

100. Ni le relevarà dar à entender, que el haverlo executado, ha sido con la formalidad de Acreedor, por haver comprado el principal del tributo, y en cierta forma los redditos; y que como subrogado en el derecho de los herederos, se distingue de Inquilino. Porque, à mas de que quando capitulò el entrego de los 200. ducados, sabia muy bien, que havia tal tributo, de que no hizo mencion, siempre que se verificò el desembargo de la comission, quedò obligado, y quando entrò en la compra, fue con esta pension; y en todo acontecimiento, y en el caso mas estrecho, siendo Acreedor, y Deudor por causas diversas, la una embaraza à la otra, y siempre tiene la misma repulsa, que los herederos; como en los discursos de este escrito queda comprobado.

101. Se mantiene, por ultimo, tan assegurados en su confianza, que dicen al dicho *num.* 119.: *Pero no dudamos, que llegando à determinarse este punto definitivamente, se mandarà volver, y restituir, todo lo mandado librar por este motivo.* Si tuvieran una firme Executoria, fundada en la conforme decision de Derecho, y concordia de todos AA. no era dable, se fixàra tal proposicion; y para que se conozca lo que dista de la verdad, es precisò se hagan cargo de todo lo que hay escrito en esta question.

102. Haviendola movido el señor Castillo en el dicho *lib.* 5. *cap.* 27. *num* 71. se hace cargo de las opiniones del señor Molina *lib.* 2. *de primogen. cap.* 16. *num* 41. 42. *y* 43. y de la del señor Cobarrubias *practic. cap.* 6. *num.* 7. y de otros, que todos fueron de opinion, debia darse caucion bastante, por el q̃ pedia los alimentos, para restituirlos, en caso de no obtener; y quando esta caucion no pudiesse darse, se quedaba al arbitrio del Juez, sobre la presumpcion, que le resultaba el que pedia los alimentos. Pero el señor Castillo con Surdo *de aliment. tit.* 1. *quæst.* 124. & 125. llevà la contraria por la razon formal, de que quando al Juez le parece, que es fraudulenta, ò calumniosa la pretension de el que pide los alimentos provisionales, y litis expensas, no debe mandarlos dar; y que cessando esta precaucion, dandolos, sin la referida qualidad, es excusada la caucion por la regla de que *fieri non debet, quod factum non re-*

le-

levat. Lo que confirma hasta el fin del capitulo. Y mucho mejor tocando este punto Barbosa *lib* 3. *vot*. 126. *num*. 20. & 21. con los muchos que cita.

103. Y aplicando esta doctrina al pleyto, por considerar V. S. el buen derecho, que à Doña Theresa asiste, y la urgente necessidad, que su familia padece, sin tal caucion, ha mandadose libren hasta aora los alimentos, los quales, por la opinion del señor Castillo, y los que este sigue, no deben restiruirse. Observandose, que al fin de dicho *num*. 119. del Manifiesto contrario, se diga, que los Addentes del señor Covarrubias llevan la misma opinion que este; y hasta aora no se ha encontrado otro Addente, que es Faria, del qual glossando la *practica* 6. lleva la contraria, como mas bien recebida opinion, y consta à los *num* 38. y 39. No necessitandose tocar sobre el quanto de estos alimentos, mediante que, por aora, mientras llega el caso del embargo, se tienen por bastantes los 200. ducados, que se reservaron en la Escriptura.

PUNTO QUARTO.

SOBRE QUE LA RENTA, QUE SE DEBE PAGAR por la Vara han de ser quatro mil reales vellon en cada un año.

104. Si en el primero, y segundo Punto, se hablò à nombre de los herederos de Doña Ana Serrano; y en el tercero à nombre de estos, y de D. Blas Blasquez Davila, como queda notado: En el presente habla solo el D. Blas; con la formalidad de considerarse Inquilino de la Vara. Y à la verdad, no se entiende la introduccion al *num*. 120., pues contemplando el punto potius facti, quam juris, dice, debia satisfacer solo à la pretension de Doña Theresa con la Escriptura de Arrendamiento de 17. de Noviembre de 738., pero que se separa de este

este instrumento; y formando una hypotesi, de que no huviesse tal instrumento, se pone en los terminos de que huviesse entrado à servir el Oficio: *sin pactar el quanto de la Renta, que es lo que Doña Teresa podia desear.* Y consiguientemente entra fundando sobre el precio, que se debe dar à las cosas para Arrendamiento, ò venta, concluyendo, en que debe ser el acostumbrado à darse, y que esta es la opinion mas segura: Con que lo que comenzò por puro hecho, acabò en una question de Derecho.

105. Y respecto, de que se forma question en hypotesi, separandose del hecho, es muy de el caso, se haga cargo de èl Doña Theresa, por lo que resulta de el instrumento de el llamado Arrendamiento, que por testimonio està presentado à el *fol.* 464. de cuyo contenido resultan tres circunstancias dignas de que se tengan presentes. La primera, que Don Miguel de Villegas, lo que diò en Arrendamiento à Don Blas, fue los aprovechamientos, y emolumentos de la Vara. El segundo, que la usasse segun la estaba usando, y exerciendo, en virtud de su nombramiento. Y el tercero, que havia de ser por el tiempo de la voluntad de el dicho D. Miguel (y no de el D. Blas, como con equivocacion lo assegura este al dicho *num.* 120. de su Manifiesto:) Con que no es fuera de proposito dudar, si este llamado Arrendamiento es vàlido, y no siendolo, es inutil la question de derecho, que por Don Blas se ha movido, sobre el quanto de la Renta.

106. Si se habla solo de el Arrendamiento de las utilidades de la Vara, no se duda, de que el possedor de el Mayorazgo puede arrendar todas las que le tocaren, por el tiempo de su vida; y en este caso, lo que tendrà D. Blas, es la accion personal; que es la que reside en qualquier possedor de Mayorazgo, por lo tocante à los frutos, durante su vida, sin que pueda tocarse en la propriedad de el Mayorazgo, ut cum pluribus D. Salgado 1. *part. Labyrint. cap.* 10. *num.* 25. vers. *Et quod possessor*, sobre que tambien tocò D. Larrea *in decis.* 10. con los demàs, que cita D. Joseph Maldonado y Pardo, uno de los Addicionadores del señor Molina *de primog. lib.* 1. *cap.* 21. *num.* 25. Con que por esta primera parte no se le considera à Don Blas

K Blas,

Blasquez mas, que la comodidad, ò frutos de la Vara, pero no el uso de ella, porque este reside en el Posseedor de el Mayorazgo.

107. Y aunque en la segunda circunstancia, se observa en la Escriptura, le concediò el uso, y exercicio, es de tener presente, remitirse al nombramiento, que le tenia hecho, de cuyo relato no consta, ni se sabe, como fue, y se ignora, como pudo ser; porque si por muerte de el suegro de Doña Theresa se embargò la Vara por la Comision, y artendò el Licenciado Don Thomàs de la Torre, y por muerte de este, à Don Blas, por Enero de 738., y el nuevo titulo à favor del Marido de Doña Theresa, se presentò en Junio de el mismo año, y por Noviembre siguiente se otorgò la Escriptura, no se alcanza, qual fuesse el nombramiento, que precediò à ella, y à que se remite; con que no constando de el relato, no hace fuerza el referente.

108. Pero en todo acontecimiento, pretermitiendo el Arrendamiento el uso de la Vara, y percepcion de los emolumentos, se halla, que esto fue por el tiempo de la voluntad de el Marido de Doña Theresa; en cuyo caso, este genero de Arrendamiento es nulo, por opuesto à derecho. Assi lo siente Pedro Paciono *de locato cap 4. num. 22.* en terminos de locacion hecha à voluntad de ambas partes, citando à Fusario *de subst. tit. quæst. 525. num. 11.* Pero Arias Pinelo *in leg 1. Cod. de bonis maternis 3. part. num. 63.* tocò muy bien esta materia, pues trae dos casos, uno quando el Arrendamiento fue con el pacto, que durasse quanto fuesse la voluntad de el locador; y otro, quando fuesse la voluntad de el conductor, y en ambos afirma, se induce ser semejante Arrendamiento ad longum tempus, ibi: *Dicitur præterea locatio ad longum tempus, quæ fit eo pacto, ut duret, quandiu locator voluerit; ea enim incertitudo, magis longum tempus, quam breve inducit, ex regula textus, & Bartol. in leg. sufficit, ubi Jason, ff. de condictione indebiti, leg. juris peritus, ff. de excusat. Tutor. quod in his terminis sentit Decius cons. 214. column. fin. id quod in specie tradit Socin. cons. 63. num. 11. lib. 2. & ibi eleganter idem intelligit, quando ea incertitudo voluntatis infertur ad conducentem.* Y prosiguiendo la materia

Pa-

Paciono, loco proximè citato, confirma todo lo que và dicho, con otros muchos AA. que cita, hasta el fin de dicho capitulo, y ultimamente Faria ad D. Covarrub. *lib. 2. var. cap. 16. à num. 27.*

109. Con que de qualquier forma que se considere este Arrendamiento, bien fuesse por la voluntad de D. Blas (como este quiere) ò por la del Marido de Doña Theresa, segun se ajusta del testimonio de la Escriptura, contiene nulidad, por ser de alhaja de Mayorazgo. Y si en la mente de los AA. que vàn citados, y en la de Faria, al efecto de semejantes Arrendamientos, es dexar al locador en la libertad de separarse, y usar de su alhaja; de esta misma, usando la Doña Theresa, como Administradora, y habilitada para defender los derechos de su Marido, puede retractar este Arrendamiento, y disponer de la Vara, como le pareciere, nombrando la persona, que fuere su voluntad, para que la sirva. Con lo qual està excusada la respuesta, sobre el quanto del Arrendamiento.

110. Y quando fuera precisso dar à esto alguna respuesta; si el concepto expresso de las doctrinas, que se traen, es, que segun la opinion mas bien recebida, haga justa la pension, que se huviesse acostumbrado dar, como se expressò al *num.* 120. de su Manifiesto, era precisso se ajustasse, que siempre la Vara havia estado en los 4ꝗ. reales, y no en mas; y aunque esta expression la omitiò en su Manifiesto, se encuentra en el pedimento, que diò *fol.* 463. en que asségura: *Que esta cantidad de 4ꝗ. reales es la misma, que siempre ha ganado, yà arrendado el Oficio por S. M. yà por los antecedentes Possedores, como consta de estos testimonios, que en debida forma presentò: con lo que se convence en el todo la mala fee, con que procede la contraria, queriendo imputar à mi parte hechos inciertos, y falsedades, para ponerlo de mala fee, pero està convencida en todo.* Cuya assertiva es evidentemente falsa.

111. A este fin, se presentò testimonio, por el que consta, que la Vara ganaba 600. ducados en los años de 675. y 676. y tambien Escriptura de Arrendamiento hecho en 20. de Mayo de 712. en que el suegro de Doña Theresa se la diò en Arrendamiento al dicho Licenciado D. Thomàs de la Torre en 4ꝗ.

rea;

reales, hasta que se publicassen las paces generales, y dos despues, y en 5ꝗ. reales en los dos años siguientes, y passados estos, en 6ꝗ. Con que quien no alega firme, y conforme à la verdad, es D. Blas Blasquez; que si tuviera presentes estos exemplares, huviera excusado la alegacion, que hizo à la B. del *fol.* 463.

112. Los otros testimonios de exemplares (quando por ellos se huviesse de juzgar) no son adaptables al punto presente, porque la moderacion en la renta en Oficios de Camara, Escribanias Publicas, y de Justicia, Varas de Alguaciles de esta Real Audiencia, y de los Veinte, pudo tener respecto à la cortedad de negocios por falta de Comercio, Guerras, detencion de Armadas de Indias, y otros; lo que no milita para con esta Vara, pues solo vincùla los utiles, quando mueren Sugetos, que dexen hijos Menores, lo que prescinde de los otros casos; pues aun en años esteriles, sucediendo este genero de muertes, tiene uso la Vara, el que cessa, quando no las hay, aunque los años sean muy abundantes de Comercio, y frutos.

113. De los Corolarios no debe Doña Theresa hacerse cargo, ni embarazar la atencion de la Sala en un Panegyrico, que se hace, con grande violencia en la aplicacion de las doctrinas, para persuadir haver obrado bien en comprar el tributo, y en no haver defendido, como se debia à Doña Theresa, expuniendo todas las defensas, que debiò ministrar, y resultan del pleyto; quando para prueba de que usò del poder hay lo bastante, con haver prepuesto persona de su satisfaccion, que formàra, y firmàra los pedimentos *fol.* 383. 416. *y* 421. como queda advertido.

114. Es otro de los motivos, reconocer el sangriento, y no acostumbrado estilo, con que en el *num.* 132. y otros, se explican todos, sin contenerles la Superior Authoridad de V. S. siendo muy correspondente en lugar de respuesta, valerse de que la substancia, y el modo son dos cosas diversas, y la justicia con la modestia no estàn reñidas, sin q̃ ni à Doña Theresa, ni à quien sigue su dictamen hayan hecho la mas minima impresion, porque tienen presente, lo que refiere Seneca *lib.* 2. *de ira cap.* 32., que hallandose ofendido Caton de uno, de quien menos se esperaba, y no haciendo caso de la injuria, elevò su to-

lerancia, diciendo : *Melius putavit, non agnoscere, quam vindicare.*

115. SEÑOR. La pretension de Doña Theresa, se reduce à manifestar à V.S. todos los fundamentos, que le ha parecido assistirle en justicia, cumpliendo en esto con su debida obligacion en la defensa de su Marido ausente, y por los derechos de su hijo immediato successor del Mayorazgo, confiada, en que sin ser visto oponerse en manera alguna à la Executoria de V.S; sino valiendose de los medios legales, que le favorecen, se digne mandar, se responda derechamente à la demanda, que tiene puesta.

116. Y si acaso se han excedido los limites de lo breve, usando de alguna mayor extension, es dissimulable qualquiera defecto, que en esto haya havido, por parecerle, que la materia lo pide, y que le disculpa S. Augustin *lib. de Doctrin. Christ.* por estas palabras : *Longior evasit liber hic, quam volebam, quam què putaveram : sed legenti, vel audienti, cui gratus est, longum non est, quia verè vult cognitum: quem verò eius cognitionis piget, de longitudine non quæratur : ego tamen in his, non qualis ego essem, cui multa desunt, sed qualis esse debeat, qui in doctrina sua, non solum sibi, sed aliis etiam laborare studet, quantalacumque potui, facultate diserui.* S. T. S. D. S. C. cuius sub auspiciis, hæc qualia qualia sunto. Hispali 16. Aprilis anni 1741.

Lic. D. Juan Joseph de Padilla Velazquez.